O SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

THE CONSTITUTIONAL MEANING OF THE ACCESS OF JUSTICE

ADRIANA FASOLO PILATI SCHELEDER*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O estudo do direito processual deve partir do ordenamento constitucional, pois as previsões constitucionais, hierarquicamente superiores, conferem unidade ao sistema jurídico. É o direito processual, como instrumento, que deve assegurar o exercício regular das funções do Estado e conferir efetividade às garantias constitucionais, eleitas democraticamente. Só haverá processo justo se esse for compreendido através dos ditames constitucionais, através do devido processo legal. Somente a partir desse princípio fundamental é que se efetivarão os demais princípios constitucionais processuais, tanto no aspecto procedimental como no substancial. A partir de tal entendimento, tem-se que acesso à justiça não significa mera disponibilidade ao cidadão de um instrumento processual; mas implica, necessariamente, um procedimento que atenda ao devido processo legal. Disso se infere que não haverá justiça se não houver respeito às garantias constitucionais processuais do cidadão em juízo.
Palavras-chave: Acesso à justiça. Devido processo legal. Garantias constitucionais processuais. Princípios constitucionais processuais.

Abstract: The study of the *processual* Law must start from the constitucional order, because the constitutional predictions, hierarchically superior, award unity to the legal system. It is the *processual* Law, as an instrument, that must assure the State's functions' regular exercise and award effectiveness to the constitutional warranties, democratically elected. The process will be fair only if it is included among the constitutional ditames. The acess to the Justice does not mean mere availability of a processual instrument to the citizen; it implies, necessarily, a procedure that answers to the due legal process. Only based in this fundamental principle will be put in effect the others *processuais* constitutionals principles, as much in the procedural aspects as in the substantial ones. From this it infers that it will not have justice if there is no respect to the *processuais* constitutional of citizen in judgment warranties.
Key Words: Access to the justice. Due legal process. Processuais constitutional warranties. Processuais constitutional príncipes.

Introdução

É na Constituição que se encontra o ápice da hierarquia das fontes do Direito Processual, onde se concentram e se condicionam todos os princípios de natureza processual, os quais devem ser resguardados em toda e qualquer tarefa do legislador e do hermeneuta.

A Constituição Federal de 1988 representa a norma fundamental do ordenamento jurídico nacional. Fundamental porque é por meio dela que se consolidam os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito. A Constituição conduz à unificação política e constitui um instrumento da unidade nacional; é suprema frente a todo o ordenamento jurídico,

* Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Especialista em Direito Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professora de Direito Civil e Estágio II (Processo Civil) da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

funcionando como um sistema de freios perante o sistema infraconstitucional.

Por tais motivos, o processo, além de ser compreendido simplesmente como instrumento técnico, deve ser entendido através dos valores constitucionais. O processo deve ser estudado segundo um enfoque constitucional, associando-se a teoria constitucional à prática processual, pois tem como tarefa a busca da justiça e o efetivo cumprimento das garantias expressas na Constituição, dentre elas, a garantia do acesso à justiça.

1. A constitucionalização do processo civil

A idéia de Constituição originou-se como uma forma de organização de uma comunidade. Qualquer comunidade política, qualquer sociedade, tem de ter uma Constituição para sua organização. As primeiras constituições no século XVIII, basicamente em 1787 e 1791, trouxeram a idéia de poder constituinte, um poder com supremacia hierárquica em relação a todos poderes jurídicos e públicos. Então, a partir da Assembléia e de um estudo sobre o processo democrático - fruto da expressão da soberania popular - surgiram normas fundamentais que vinculam tanto o governante quanto os governados, incluindo, neste rol, o próprio legislador. Desse processo, resultou um documento formal, fruto do poder constituinte, cujo intento foi inserir todas as normas materialmente constitucionais, ou seja, todas as normas fundamentais à organização do Estado em sociedade. Assim, ao poder constituinte, atribuiu-se a tarefa de constituir o Estado.

Em decorrência, à Constituição deve ser atribuída força superior, devendo ser interpretada como hierarquicamente superior a qualquer outra norma e ter uma força normativa. Konrad Hesse, ao escrever *A força normativa da Constituição*, reconheceu que "a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade". (1991, p.14)

Foi com a Constituição de 1988 que se marcou o campo do moderno Direito Processual Civil brasileiro. Nenhuma das cartas políticas anteriores havia traduzido igual preocupação com as garantias das partes na seara civil. Com ela surgiu o chamado "direito processual contemporâneo", expressão que quer significar a inegável ligação existente entre o estudo do processo e as normas constitucionais com que aquele se relaciona.

A vontade da Constituição deve ser honestamente preservada, mesmo que, para isso, tenha-se de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. "Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático". (HESSE, 1991, p.22)

É a Constituição que confere unidade de sentido ao ordenamento jurídico, o qual representa todo um sistema ordenado, harmônico e hierarquizado de normas, princípios e valores que regulam a conduta jurídica das pessoas enquanto inseridas numa sociedade. É nela que estão as linhas gerais para guiar o ordenamento jurídico, a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece. (GUERRA FILHO, 2000. p. 16)

Sobre essa superioridade da Constituição perante as demais normas que compõem o ordenamento jurídico como um todo, Rogério Lauria Tucci e José Rogério

Cruz e Tucci (1989, p. 1) afirmam que repousam na Constituição numerosos dispositivos e institutos de processo civil, pois, como lei suprema que é, situa-se no ponto culminante da hierarquia das fontes do direito, contendo fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária.

A Constituição estabelece o processo justo, ou seja, estabelece princípios, normas e valores para assegurar a devida solução jurisdicional de conflitos, para assegurar um acesso qualitativo à justiça e uma efetiva tutela jurisdicional constitucional. A supremacia da Constituição deve ser assegurada, no entanto, não basta a disposição de meios para se ter o acesso à justiça de forma quantitativa; deve-se assegurar a justiça processual, ou seja, um acesso qualitativo à justiça, que efetive as garantias processuais constitucionais, em especial o devido processo legal.

A tarefa de efetivar a superioridade constitucional e de assegurar uma devida solução jurisdicional, que atenda ao devido processo legal, também cabe ao hermeneuta, que, por sua vez, deve valer-se da Lei Maior para interpretar, especialmente diante da colisão de um texto legal com um princípio. Neste caso, conforme doutrina Couture, o hermeneuta resolve "por el predominio del principio, ya que él es la revelación de una posición de carácer general, tomada a lorgo del conjunto constante de soluciones particulares". (COUTURE, 1979, p. 55)

Assim, por ser a Constituição um reflexo da sociedade, - eis que todas as classes sociais são representadas na sua elaboração - as normas devem ser interpretadas de forma a interagir com o normativo maior. Por outro lado, qualquer inconstitucionalidade, formal ou material, "apresenta-se como grave e inaceitável violação, antes de tudo, à sistematicidade da Constituição em sua característica estrutura principialista" (FREITAS, 2004, p. 183). Na medida em que a Constituição se transforma em força ativa, devem suas tarefas ser efetivamente realizadas e estar presentes na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) (HESSE, 1991, p. 19). Cabe a todos essa tarefa de efetivar a Constituição, de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, de identificar a vontade de concretizar essa ordem e ter consciência da vontade da Constituição.

A tarefa do hermeneuta, além de atender às previsões constitucionais e o limite das meras necessidades de estar em consonância com as suas previsões, adentra nos limites da moral e da ética. Isso porque, conforme assevera Moacyr Caram Júnior (2001, P. 67), os preceitos de ordem constitucional trazem em seu bojo não simples regras de condutas, mas verdadeiros conceitos, dogmas ou posicionamentos axiológicos. A Constituição é a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não poderão ser jamais ofendidos[1] e de que o processo judicial será instrumento efetivo do sistema jurídico, devendo respeitar as garantias constitucionais.

O direito constitucional, como já advertia Enrico Tullio Liebman (1962, p. 149) em 1962, representa o centro da unidade jurídica, o tronco comum do qual os vários ramos partem, a *linfa vitale* dos mais variados direitos. O direito constitucional regula a formação das leis, derivando todas as normas. O direito constitucional regula, em seus aspectos fundamentais, as pessoas, os grupos sociais e os poderes públicos na sociedade legalmente constituída, de forma que o Código de Processo Civil é a regulamentação da garantia de justiça contida na Constituição.

Por esse entendimento, como alude Jorge Miranda (1981, p. 545 e ss), as normas processuais devem ser lidas à luz dos princípios e das regras constitucionais. Deve-se verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais (DANTAS, 2003, p. 120) e realiza-se pelo império das previsões constitucionais, cuja maior função é a proteção das garantias dos cidadãos. Assim, a Constituição, além de ser uma garantia, é o limite do exercício processual. São os princípios constitucionais que asseguram um sistema coerente e homogêneo, determinando a própria atuação do Estado.

A garantia jurisdicional da Constituição, isto é, a justiça constitucional, deve estar interligada com o sistema jurídico, ou seja, o direito processual, através do processo, deve assegurar o exercício regular das funções do Estado e deve conferir efetividade às garantias constitucionais, eleitas por meio de um processo democrático. Para Kelsen a criação da lei e sua própria execução são funções do Estado: "Queste funzioni hanno ese medesime catarrere giuridico, giacchè consistono in atti giuridici. Sono o atti di creazione del diritto, cioè norme diuridiche, oppure atti di esecuzione del diritto dià creato, cioè di norme diuridiche già poste" (1981, p. 145).

Logo, enquanto a Constituição regula em sua linha essencial a formação das leis, a legislação aplica o Direito. Na concepção de Kelsen (1981, p. 145), a liberdade do legislador, subordinada somente à Constituição, encontra limitação relativamente fraca e seu poder de criação resta relativamente grande. Cândido Rangel Dinamarco cita dois sentidos vetoriais das relações entre processo e Constituição:

a) a Constituição dita regras fundamentais e princípios a serem observados na construção e desenvolvimento empírico da vida do processo (tutela constitucional do processo);b) o processo é, por sua vez, instrumento para preservação da ordem constitucional, seja mediante a chamada "jurisdição constitucional" (inclusive a "jurisdição constitucional das liberdades"), seja através da sua utilização cotidiana, em que, ao dar atuação às normas legais ordinárias, está, em última análise, valendo como penhor da observância dos valores constitucionalmente amparados e nelas refletidos. (1999, p. 312)

O sistema processual deve estar continuamente ligado e deve ser entendido através dos valores constitucionais, pois o processo não pode ser concebido simplesmente como mero instrumento técnico. Assim, o conceito moderno de processo envolve, obrigatoriamente, o devido processo legal. A título de exemplificação, será inconstitucional o processo que não atender à ampla defesa e ao contraditório; o processo deve atender, efetivamente, à ordem constitucional.

O direito de ação e o Judiciário apresentam-se como instrumentos de efetivação de todas as garantias constitucionais; constituem a estrutura de toda a pirâmide, a qual não teria a menor consistência se não houvesse mecanismos eficientes de manutenção (GRECO FILHO, 1998, p. 32). E esse "mecanismo eficiente de manutenção" está substanciado no processo, que tem "o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional". (1999, p. 25)

Nas lições de Dinamarco, "o processo é meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis" (1999, p. 27). Assim surgiu o chamado "direito processual constitucional", que significa o

método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela. O método constitucionalista inclui em primeiro lugar o estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo - relações que se expressam na tutela constitucional do processo e, inversamente, na missão deste como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem. (1999, p. 188)

O direito processual civil integra o ramo do direito público e é regulado, além das normas infraconstitucionais, por normas, princípios e valores constantes na Constituição Federal. Assim, o direito constitucional processual[2] é o conjunto de normas, princípios e valores do processo previstos na Lei Maior (CRUZ E TUCCI, 1999, p. 91). Segundo dita Guerra Filho, as análises da conexão do processo com a Constituição ampliam-se a ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de "direito constitucional aplicado". (2000, p. 24)

A efetividade dos princípios processuais constitucionais conduz a que o processo cumpra sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal, o que traduz "a existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas, ágil e simplificado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e contando com a atenta vigilância do juiz sobre a instrução e sua interferência até ao ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes" (DINAMARCO, 1999, p. 32) e assegure as garantias processuais constitucionais.

O acesso almejado à ordem jurídica justa e, conseqüentemente, à efetividade do processo, será alcançado com o cumprimento das garantias processuais constitucionais no processo, que, por sua vez, deve efetivar os preceitos e garantias que a própria Constituição contém e projeta sobre todo o ordenamento jurídico.

Por outro lado, a ordem constitucional também sofre influências do processo, na medida em que será ele o instrumento de efetivação e de preservação das normas constitucionais. Entre os diversos escopos de processo, fala-se em "justiça e celeridade", ou de "celeridade e ponderação" (DINAMARCO, 1999, p. 318), o que implica a necessidade de adotar meios tais que proporcionem o mais rapidamente possível a pacificação social no caso concreto, sem prejuízo da qualidade da decisão.

A boa qualidade da decisão constitui, por um lado, fidelidade ao direito material (aí o escopo jurídico), mas também, acima disso, é penhor da justiça das decisões. Toda a tessitura de princípios e garantias constitucionais do processo (com destaque para o *due process of law*) é predisposta à efetiva fidedignidade aos desígnios do direito material.

Cumpre destacar que a Constituição garante a tutela dos direitos fundamentais da pessoa e de suas liberdades em função do processo e da administração pública da justiça processual, "na medida em que cristalizam princípios axiológicos recolhidos do poder jurídico global do Estado e que se consolidam na sociedade política pela via direta da consciência pessoal e do sentimento jurídico do povo" (HESPANHA, 1986, p. 247). Portanto, a Constituição é o ápice da hierarquia das fontes do Direito Processual, na qual se concentram e se condicionam todos os princípios de natureza processual, os quais devem ser resguardados em toda e qualquer tarefa do legislador e do hermeneuta.

Os princípios constitucionais processuais "pressupõem todo o conhecimento fundamental de que o legislador deve dispor para a criação das leis processuais, ou seja, das normas jurídicas gerais do

processo" (HESPANHA, 1986, p. 224). Assim também pensa Couture, que, ao tratar das garantias constitucionais, descreve suas premissas como sendo:

a) la Constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana; b) la ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso; c) pero lo ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada en la Constitución; d) si la ley instituyera una forma de proceso que privara al indivíduo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, sería inconstitucional; e) en esas condiciones, deben entrar en juego los medios de impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el controlador de la constitucionalidad de las leyes[3]. (1993, p. 148)

Basicamente, os princípios constitucionais processuais regulam a criação das normas processuais e põem toda a estrutura do sistema político e do ato global em uma unidade sistemática, à qual tem direito todo cidadão. Isso traduz o que Hans Kelsen chama de *judicial control* de constitucionalidade das leis e também, por evidente, das leis processuais. (CARAM JÚNIOR, 2001, p. 67)

Os princípios processuais constituem um conjunto de idéias, inter-relacionadas e interdependentes, que expressam a visão que um povo tem do processo (TESHEINER, 1993, p. 30). A união dos princípios constitucionais compõe o sistema processual, razão pela qual aos princípios constitucionais atribui-se a característica de supralegalidade em virtude da supremacia conferida à Constituição.

Além disso, infere-se que o processo deve ser estudado segundo um enfoque constitucional, por ter como tarefa a busca da justiça e o efetivo cumprimento das garantias expressas na Constituição. Nesse sentido, surge também a concepção contemporânea do acesso à justiça e do devido processo legal, que vem a ser prolongamentos da ordem constitucional com o escopo de guiar a criação e a regulamentação das leis processuais.

Sem dúvida alguma, observa oportunamente Ivo Dantas (2003, p. 119), de qualquer perspectiva pela qual se estude o processo na Constituição, o ponto fundamental é a análise do devido processo legal, porque é este o princípio fundamental ao denominado Estado Democrático de Direito, também objeto de estudo na presente pesquisa.

O sistema constitucional de garantia do próprio processo é o instrumento de efetivação dos direitos constitucionais. É através das garantias constitucionais que se verifica a regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, a constitucionalidade ou não das leis ordinárias. O respeito às garantias constitucionais processuais confere segurança e efetividade ao processo, outorga aos cidadãos um julgamento segundo os ditames constitucionais e concede às partes em juízo um efetivo acesso à justiça.

2. A efetivação processual através do devido processo legal

O devido processo legal é princípio fundamental do processo civil e serve como instrumento para a efetivação de todos os demais princípios processuais, traduzindo-se num efetivo acesso à justiça, esse entendido em seu sentido *lato sensu*, ou, como a expressão adotada neste trabalho, um acesso qualitativo à justiça.

Devido processo legal é expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A *Magna Charta* de João Sem Terra, do ano de 1215, que continha exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico, teria sido o primeiro ordenamento

a mencionar, de forma implícita, a referida locução, mas somente na esfera do processo penal, em seu aspecto protetivo.

Foi a Constituição Federal americana de 1787 que incorporou o princípio do *due process of law*, embora, antes disso, algumas constituições estaduais daquele país já o tivessem consagrado. A partir daí, então, o direito constitucional no sistema do *common law*, como a Suprema Corte dos Estados Unidos, passou a respeitar e conceder eficácia ao *due process of law* com determinação e firmeza. Em outras palavras, a corte, a partir da promulgação da Constituição de 1787, passou a interpretar a cláusula *due process* de sorte a solucionar os casos concretos que lhe eram submetidos. (NERY JUNIOR, 2002).

No sistema jurídico brasileiro a garantia do devido processo legal foi positivada com a Constituição Política de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, nos seguintes termos: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Até então, nenhuma das constituições anteriores havia previsto expressamente tal princípio. Com a positivação constitucional desse princípio, passou-se a discutir acerca de sua densificação e significação no contexto jurídico brasileiro, e não mais sobre sua presencialidade normativa.

Todo cidadão que sofre lesão ou ameaça de direito está autorizado a utilizar o devido processo legal. A vida, para se garantir o mínimo de dignidade, precisa de ordenamento, mesmo porque seria impossível entre indivíduos livres, em sociedade, viver sem solução de seus litígios. Então, o "processo é este mínimo de liberdade que o Estado dá a cada indivíduo, no sentido de impelir as partes a resolverem publicamente as suas relações jurídicas litigiosas". (HESPANHA, 1986, p. 93).

Assim, em decorrência da natureza dialética e dinâmica do processo, o Estado cria constitucionalmente, conforme já exposto, o direito de ação, que é também um direito público subjetivo, o qual dá ao titular da pretensão jurídica o direito da tutela jurisdicional através do processo. Esse direito de ação deve sempre vir acompanhado do devido processo legal, que visa assegurar a liberdade e igualdade das posições entre as partes no processo.

A inclusão do devido processo legal no texto constitucional ainda é muito comemorada, eis que sua explicitude do novo texto alçou a Carta ao nível das mais avançadas do mundo no que concerne os termos de garantia da tutela jurisdicional. "Aquilo que se deduzia da análise sistemática e indireta dos princípios implícitos é agora proclamado aos quatro ventos por enunciados de meridiana clareza". (THEODORO JÚNIOR, 1991, p. 11 e ss)

Calmon de Passos enfatiza que o devido processo legal ganhou nova dimensão, revestindo-se do caráter mais abrangente de "devido processo constitucional". O autor salienta que, "assim como o direito processual não poderia existir sem o direito material, igualmente o direito material, deve-se acrescentar, não poderia existir sem o direito processual" (PASSOS, 2001. p. 59 e ss). Portanto, há uma dependência recíproca entre direito material e direito processual. Prosseguindo em sua análise, Calmon de Passos esclarece que o escopo do processo é, precisamente, assegurar o que, e tão só, foi prometido pelo direito material, sem poder desvirtuar-se para outro objetivo nem deixar de estar a serviço desse objetivo.

Entende-se, portanto, que o devido processo legal, tanto no aspecto procedimental (perante o Judiciário), quanto no aspecto substantivo (perante os poderes Executivo e Legislativo), não é simplesmente uma garantia processual - visto que contém um aspecto substantivo que

instrui qualquer atuação restritiva do Estado nos direitos fundamentais tutelados a fim de evitar intromissões arbitrárias. A positivação do devido processo legal no texto constitucional de 1988 "tem provocado um rompimento no dogmatismo processual, fazendo com que suas regras formais sejam vivificadas pelos preceitos constitucionais" (LIMA, 1999, p. 180). Assim agindo, obtém-se uma visão unitária do ordenamento jurídico, pela qual se interpreta a norma em conformidade com a Constituição.

Considerando tal concepção, surgem determinados subprincípios, chamados a concretizar o devido processo legal. Maria Rosynete Oliveira Lima (1999, p. 180) esclarece que tais subprincípios "não são colorários, deduções, ou conseqüências do princípio do devido processo legal, mas princípios, que têm um grau de concretização mais elevado". Por isso, a autora denomina-os de "subprincípios", não os considerando, portanto, subespécies do devido processo legal. "A independência, e não dedutibilidade, destes subprincípios é visível na medida em que podem servir para concretizar, ou realizar, mais de um princípio, além de poderem gozar também de outros subprincípios que o concretizam" (LIMA, 1999, p. 181).

A garantia do devido processo legal efetiva ao cidadão o direito ao processo, mas o direito a um processo em consonância com os ditames constitucionais, ou seja, de acordo com determinadas garantias constitucionais processuais, que, de um lado, asseguram às partes o exercício de seus direitos subjetivos e processuais e, de outro, são indispensáveis ao exercício da jurisdição de acordo com os ditames constitucionais.

Por conseguinte, o devido processo legal, além de significar a igualdade de tratamento entre as partes em decorrência de um processo judicial com a finalidade de propiciar uma solução justa do processo - sentido processual, também vincula o Poder Legislativo em sua primordial tarefa de elaborar leis, vinculando-as às normas constitucionais - sentido substantivo. A lei deve ser formada de acordo com os ditames constitucionais, pois, como já se viu, esses emanam da sociedade; a legislação é uma função de atuação dos direitos e da justiça totalmente vinculada aos princípios constitucionais. O devido processo legal constitui-se, pois, em referência de constitucionalidade, quando o legislador, a pretexto de conformar determinado direito fundamental, acaba por atingir seu núcleo essencial. (LIMA, 1999, p. 234)

Com efeito, a garantia do devido processo legal vai além de instrumento de controle de legalidade, pois seu alcance serve também de "limite constitucional à imposição judicial ou administrativa de ordens ou decisões legislativas ou governamentais, que se afigurem contrárias ao direito" (GRINOVER, 1985, p. 20), e de proteção processual-constitucional do cidadão contra eventuais abusos praticados pelo Estado. Ada Pellegrini Grinover (1985, p. 20), em 1985, já incentivava determinado comportamento do juiz na condução das ações judiciais, pois assegurar às partes o direito à prova e às atividades instrutórias (*lato sensu*), em geral, não é suficiente: não basta que toda a atividade instrutória seja produzida em contraditório, que a autoridade jurisdicional presida a colheita de todas as provas, nem que o livre convencimento do juiz se baseie exclusivamente sobre as provas produzidas judicialmente. É necessário que o juiz estimule e promova um contraditório efetivo e equilibrado, cabendo-lhe verificar se a atividade defensiva, no caso concreto, foi adequadamente desempenhada pela utilização de todos os meios necessários para

influir sobre seu consentimento, sob pena de se considerar o réu indefeso e o processo irremediavelmente viciado.

Assim, para a realização do devido processo legal em seu âmbito substantivo, conforme Maria Rosynete Oliveira Lima, é essencial a atenção a dois postulados[4]: o da proporcionalidade (de origem germânica) e o da razoabilidade (de origem norte-americana)[5]. É necessário proteger as garantias constitucionais do cidadão contra qualquer modalidade de legislação, e deve haver um equilíbrio entre essas garantias e o exercício do poder estatal.

Carlos Roberto Siqueira de Castro (1989, p. 380) assinala que o "postulado da 'razoabilidade das leis' promana forçosamente da aplicação de caráter 'substantivo' (substantive due process) da cláusula do devido processo legal, a ser empreendida com criatividade e senso de justiça pelos órgãos incumbidos da salvaguarda da supremacia da Constituição". O limite do princípio da proporcionalidade, no entanto, encontra-se no princípio da isonomia. Ambos devem ser aplicados de forma concomitante e harmônica, pois a igualdade de tratamento deve ser proporcional entre as partes.

Com base em Calmon de Passos (1981. p. 86), infere-se que, para a realização efetiva da garantia do devido processo legal, é indispensável a presença de três condições: "a) só é devido processo legal o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial e independente; b) não há processo legal devido sem que se assegure o acesso ao judiciário; c) [...] as duas garantias precedentes se mostram insuficientes se não assegurado às partes o contraditório".

Desse modo, no tocante ao devido processo legal em sua perspectiva procedimental, é essencial que o juiz assegure às partes a efetividade de outros princípios previstos constitucionalmente, como o contraditório e a ampla defesa (art. 5, inc. LV), o julgamento por um juiz natural (art. 5, inc. XXXVII e LIII), o segundo grau de jurisdição, a igualdade processual entre as partes (art. 5, inc. 1º), a publicidade e a motivação das decisões judiciárias (art. 5, inc. LX e art. 93, inc. IX), a proibição de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5, inc. LVI), e a inviolabilidade do domicílio e do sigilo das comunicações em geral (art. 5, inc. XI e art. 52, inc. XII).

O devido processo legal apresenta-se como um instrumento de efetivação da garantia de acesso à justiça, sem o qual não haverá acesso, ou, ainda, não se estabelecerá um acesso qualitativo, ou seja, de modo a cumprir o Estado Democrático de Direito estabelecido constitucionalmente. É nesse diapasão que tal princípio deve ser entendido.

3. A garantia constitucional ao acesso à justiça

A expressão "acesso à justiça" tem um significado e uma idéia que variam no tempo. O instituto sofreu influências de natureza política, religiosa, sociológica, filosófica e histórica, traduzindo a evolução da luta do cidadão pela afirmação de seus direitos fundamentais.

Inicialmente[6], como norma escrita, tal garantia foi prevista no Código de Hamurabi no período antigo, ao menos teoricamente: "assegurava proteção às viúvas e aos órfãos e, ainda, incentivava o homem oprimido a procurar a instância judicial – o soberano – para que este resolvesse a questão" [7] (CARNEIRO, 2000. p. 3). No auge da democracia grega, todos os cidadãos poderiam acionar a justiça e o acesso era amplo e quase irrestrito. Porém, frisa-se que, então, o número de cidadãos era muito menor em relação à totalidade das pessoas. Foi também Atenas, segundo

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, o berço da assistência judiciária aos pobres. Lá, anualmente, eram nomeados dez advogados para prestar assistência jurídica às pessoas consideradas na época como carentes.

No período medieval, séculos IV e V, até o começo do pensamento moderno, nos século XV e XVI, predominou o cristianismo, que trouxe forte concepção religiosa ao direito, fazendo nascer a concepção de que o homem justo fosse julgado pela sua fé. Nesse período, a influência da religião e do pensamento religioso sobre a filosofia e o direito foi marcante. "Os ordálios ou juízos de Deus (provas de água, de fogo, duelos) constituíam a fonte primária de julgamento. [...] Talvez isto não significasse acesso à justiça, [...] mas certamente significava acesso a um julgamento, tido como justo pelo grupo social". (CARNEIRO, 2000. p. 13)

De 1712 a 1778, no apogeu do período moderno, a natureza humana passou a ser considerada a fonte do direito natural, com o que houve uma evolução da concepção patrimonialista do Direito para uma visão humanista e racionalista. Nessa época, em virtude dos vários processos revolucionários, como a Revolução Gloriosa de 1689, a Revolução Inglesa e, finalmente, a Revolução Francesa, ocorreu a universalização dos direitos do homem. A partir da revolução burguesa, com a separação dos poderes, foi limitado o poder do Estado. Havia a concepção do princípio da legalidade de forma individualista; protegiam-se a propriedade e a autonomia privada a partir de uma previsão utópica da igualdade formal, o que, em tese, deveria também assegurar um igual acesso à justiça. Contudo, a realidade era bastante diversa. A partir do poder soberano de manter sob sua potestade um grupo num território, criou-se um novo conceito de Estado Nacional, que resultaria, mais tarde, na criação da Constituição.

Houve, a partir da metade do século XIX, uma série de conquistas sociais que fizeram emergir uma nova disputa entre burguesia e proletariado. Desse modo, no âmbito trabalhista, surgiu a discussão sobre o significado do acesso à justiça, o que projetou no plano teórico da justiça uma concepção voltada ao valor do homem.

Atualmente, com o surgimento de novos meios de comunicação e das conquistas trabalhistas, formam-se novos movimentos sociais das mais variadas segmentações, o que resulta na luta pela efetivação das garantias abarcadas pelo ordenamento jurídico e na discussão do real significado do acesso à justiça. Assim, acaloram-se os debates acerca de questões que envolvem celeridade processual e efetivação da justiça e de questões ligadas diretamente com a pessoa, como a proteção à dignidade e à justiça de forma ampla.

Entretanto, foi através da garantia do acesso à justiça que todo o cidadão passou a ter o direito de buscar a defesa dos seus direitos individuais. Evidencia-se tal garantia na redação do inciso XXXV, entre outros, do art. 5º da Constituição Federal de 1988: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Como bem referencia Araken de Assis (In CRUZ E TUCCI, 1999, p. 9), o Estado, ao proibir aos cidadãos resolverem por si suas contendas, avocou a si o poder de resolver os conflitos de interesses inerentes à vida social e, correlatamente, adquiriu o dever de prestar certo serviço público, que é a jurisdição. O autor, remetendo à doutrina de Augusto Tavares Rosa Marcacini (1996, p. 31), esclarece a distinção de três institutos: a) a assistência jurídica integral, que compreende a consulta e a orientação extrajudiciais, representação em juízo e gratuidade do respectivo processo; b) a assistência judiciária, ou seja, o

serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não estatais, conveniadas ou não com o poder público; c) a gratuidade da justiça, que envolve a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo, objeto da Lei 1.060, de 05.02.1950, e alterações posteriores.

O acesso à justiça, entretanto, não se resume ao acesso ao processo. Nessa perspectiva, decorrem normas constituidoras de direitos e de garantias fundamentais não só do inciso citado, mas de outros, tais como nas normas que garantem indenização pela violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas; a necessidade de pressupostos de flagrante delito e de ordem judicial para prisão ou violação do lar e as garantias do devido processo legal e da legítima defesa.

Ao dissertar sobre a diferenciação entre "direitos naturais", "direitos fundamentais", "direitos do homem" e "direitos do cidadão", Bezerra leciona que, quando se pensa em justiça, não se está apenas querendo observar o aspecto formal da justiça nem seu caráter processual. O acesso à justiça é um direito natural, um valor inerente ao homem por sua própria natureza, e a sede de justiça que angustia o ser humano tem raízes fincadas na teoria do direito natural[8].

Outrossim, no sentido de direito fundamental, previsto pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes acesso à justiça formal e material. Cappelletti e Garth (1988, p. 8) esclarecem que o acesso à justiça formal não corresponde a uma igualdade efetiva, mas apenas formal. O acesso à justiça deve ser realmente alcançado a todos, igualmente.

Para John Rawls (1981, p. 97), a eqüitativa igualdade de oportunidades, associada ao princípio da diferença, é um modo justo de arrostar a arbitrariedade da natureza, de modo que as instituições que aceitam essa teoria tornam-se justas.

Lembram ainda Cappelletti e Garth (1988, p. 9) que a justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; para aqueles que não pudessem fazê-lo, restava serem considerados os únicos responsáveis por sua sorte.

No entender de Benedito Espanha (1986, p. 82), como o processo apresenta-se como meio de se administrar a justiça e de se garantir a ordem constitucional, deve ser alcançado a todos os cidadãos. O processo é uma instituição jurídica do Estado, um instrumento público, hábil e técnico, de composição do litígio jurídico pela função jurisdicional do Estado, que, por conseguinte, tem o dever, dentro dos limites de respeito ao poder jurídico e de liberdade de agir das partes e dentro dos limites de formalismo do Direito Positivo, de manter incólume o direito de cada um.

Benedito Hespanha (1986, p. 154 e ss) esclarece ainda que justiça é um sentimento jurídico interior que se projeta para o exterior. A justiça interior não passa de justiça subjetiva; a justiça exterior é a justiça objetiva. A primeira é um ideal universal, sem o qual a vida da relação não teria finalidade; e por ser um ideal a que se aspira e, portanto, inatingível, de certa forma é alcançada por meio da justiça objetiva, que, na realidade prática, é a meta-valor do Direito de qualquer sociedade. Por isso, a justiça social é bem ou valor supremo almejado pelo Direito, a qual consiste em estar ao serviço do bem comum. No entendimento de Recásens Siches, a noção de

justiça vem sempre ligada à de igualdade, "a balança de pratos nivelados". (1936, p. 289)

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais. O acesso não se identifica com a mera admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo (DINAMARCO; CINTRA; GRINOVER, 1998, p.33), ou seja, não se trata, apenas, de possibilitar o acesso, mas esse acesso deve ser qualificado, possibilitando que os cidadãos se defendam adequadamente. De fato, como afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 10 e ss), o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, mas, também, o ponto central da moderna processualística, cujo estudo pressupõe um alargamento e um aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

É o entendimento também de José Rogério Cruz e Tucci (1999, p. 9), que, ao discorrer sobre as dilações indevidas no processo, afirma não bastar que se assegure o acesso aos tribunais e, conseqüentemente, o direito ao processo; delineia-se inafastável, também, a absoluta regularidade desse direito ao processo, com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça e dentro de um tempo justo para a consecução do escopo que lhe é reservado.

A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece, em seu art. 6°, parágrafo 1°, que a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível:

"Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità puó pregiudicare gli interessi della giustizia"[9].

Nessa perspectiva, os Juizados Especiais são considerados um notável meio de acesso à justiça. Todavia, um acesso somente quantitativo, não qualitativo; um procedimento, do ponto de vista constitucional, especial para o cidadão comum, diferenciado dos demais.

A Defensoria Pública também traduz um exemplo de efetivação dessa garantia. Além de propiciar o acesso à justiça por meio da assistência jurídica para quem comprova insuficiência de recursos para tanto, também efetiva a garantia de assistência judiciária.

De outra banda, como bem observa Bezerra ao discorrer sobre o acesso à justiça numa visão sociológica, o processo tem, sobretudo, função política no Estado social. Por isso, deve ser organizado, entendido e aplicado como instrumento de garantia constitucional, assegurando a todos pleno acesso à tutela jurisdicional, como uma das vias de acesso à justiça que há de se manifestar sempre como atributo de uma tutela justa.

O fenômeno do acesso à justiça deve ser compreendido em sua totalidade. O uso equivocado do sentido de acesso à justiça através de uma única visão possível, a saber a via judicial, é fruto de preconceito fortemente arraigado (2001, p. 188). Nesse sentido é a interpretação da Lei dos Juizados Especiais Cíveis para alguns doutrinadores[10], posição da qual se discorda. O acesso à justiça não pode simplesmente ser alcançado aos cidadãos através do acesso a uma ação, sem que lhe seja assegurado um procedimento adequado, de acordo com os ditames constitucionais, ou seja, conforme as garantias necessárias para que, por exemplo, as partes possam defender-se e produzir provas para influenciar o livre convencimento do juiz.

Quando o acesso à justiça é negado a determinados segmentos da sociedade, obviamente os mais pobres, a comunidade cria meios específicos de solução de seus conflitos e de satisfação de seus direitos. Essa prática reiterada cria um direito não oficial, paralelo, como acontece com as relações estabelecidas no interior das favelas. (2001, p. 105)

Ao contrário do que várias decisões judiciais[11] demonstram, o acesso à justiça, além de ser um direito supraconstitucional, não se concretiza somente com a dispensa de custas (assistência judiciária) e assistência advocatícia (assistência jurídica), como se verifica na maioria dos juízos. Para que o acesso à justiça não seja meramente formal, o que seria pensar numa perspectiva leiga, deve ir ao encontro dos direitos já consagrados nas leis e, em especial, na Constituição Federal. Como afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 12), a garantia ao acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos; é requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda, efetivamente, garantir, não apenas proclamar, os direitos de todos.

Outrossim, numa perspectiva técnico-jurídica[12], o acesso à justiça, em seu sentido formal, deve oferecer a mais ampla admissão de pessoas e de causas ao processo (universalidade da jurisdição), bem como garantir a todos a obediência ao devido processo legal e à legitima defesa, assim como possibilitar intensa participação na formação do convencimento do juiz que julga a causa.

Para a efetividade do processo, como comentam Dinamarco, Cintra e Grinover (1998, p. 33), assim cumprindo sua missão social de eliminar conflitos e de fazer justiça, é preciso tomar consciência dos escopos motivadores de todo sistema, tais como: a) a admissão ao processo (ingresso em juízo), eliminando-se as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas; b) o modo-de-ser do processo (observação do devido processo legal); c) a justiça das decisões (critérios justos de apreciação de provas, enquadramento dos fatos em normas jurídicas); d) a utilidade das decisões (dando a quem tem direito tudo e precisamente aquilo que tem direito de obter).

Acesso à justiça não significa, simplesmente, acesso ao Poder Judiciário, ou uma mera disponibilidade ao cidadão de um instrumento processual; implica, necessariamente, um procedimento que atenda ao devido processo legal. Somente a partir desse princípio fundamental é que se efetivarão os demais princípios constitucionais processuais, tanto no aspecto procedimental – perante o Judiciário – como no substancial – perante o Executivo e o Legislativo. Disso se infere que não haverá justiça se não houver respeito às garantias constitucionais processuais do cidadão em juízo.

Conclusão

O Poder Judiciário brasileiro tem sido alvo de críticas pela sua morosidade

processual, por apresentar custos altos e um sistema jurídico burocrático. É evidente, pois, que se necessita de mecanismos que conduzam ao "desafogo dos tribunais superiores" e a um rápido e célere acesso à justiça ao alcance do cidadão. Não se pode, entretanto, em nome de uma demanda processual quantitativa, renegar um processo justo, conforme os ditames constitucionais. A efetividade meramente instrumental não conduz a um efetivo acesso à justiça.

O processo e a garantia de seus predicamentos aparecem como instrumento de atuação da justiça, sendo o devido processo legal meio de efetivação do acesso à justiça, ambos alçados ao nível de direito fundamental. Entretanto, com tal afirmação não se quer apenas vislumbrar o aspecto formal do acesso à justiça, que, como já visto, também significa a garantia dos direitos fundamentais. Não basta a garantia do acesso à justiça compreendida apenas como ingresso do pleito frente ao Judiciário, mas, sim, deve este acesso ser qualitativo, ou seja, deve efetivar o direito processual e material legitimando o exercício da função jurisdicional, atendendo ao devido processo legal, garantia esta que assegura um procedimento adequado com determinados postulados constitucionais.

Hoje não se estuda mais a disciplina de processo em sua esfera fechada, mas faz-se uma interpretação sistemática do Direito, ou seja, interpreta-se o processo de acordo com os institutos constitucionais que o regem. Com esse direcionamento, evolui o entendimento de processo como instrumento técnico, ou seja, o processo também passa a ser entendido como meio de efetivação das garantias constitucionais.

Nesse sentido, surge também a concepção contemporânea do acesso à justiça e do devido processo legal, que são prolongamentos da ordem constitucional com o escopo de guiar a criação e a regulamentação das leis processuais.

Qualquer processo judicial deve efetivar o devido processo legal, deve traduzir o acesso à justiça, não como um mero acesso ao Poder Judiciário, mas como um acesso ao justo processo, sem entraves nem delongas, proporcionando a solução dos conflitos e efetivando as garantias das partes. O acesso à justiça, como já tratado, não se confunde nem se exaure com a possibilidade de o cidadão levar sua pretensão ao Judiciário, mas significa a efetiva oportunidade de proteção judiciária, mediante o justo processo e à concretização das garantias do cidadão em juízo.

Assim, resta que, no novo século, o direito processual seja entendido como instrumento para a preservação da ordem constitucional, efetivando os direitos fundamentais, pois só haverá processo justo se esse for compreendido através dos ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

ASSIS, Araken. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: CRUZ E TUCCI, (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo: RT, 1999.

AVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, jan./mar.1999.

_____. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça*. Um problema ético-social no plano da realização do direito. São Paulo: Renovar, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Superior. Ação direta de inconstitucionalidade, nº 293-7/600. Relator: Celso Mello. In: *Revista dos Tribunais,* n. 700, maio., 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARAM JÚNIOR, Moacyr. *O julgamento antecipado da lide, o direito à ampla defesa e ao contraditório*. Curitiba: Juarez de Oliveira, 2001.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: RT, 1998.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed (póstuma). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

_____. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1979. t. III.

CRUZ E TUCCI, (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo: RT, 1999.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo: RT, 1999.

DANTAS, Ivo. *Constituição & processo.* Introdução ao direito processual constitucional. Curitiba: Juruá, 2003. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Range. Reflexões sobre direito e processo. *Arquivos do Ministério da Justiça* Brasília, ano XXIX, n. 117, mar. 1971.

_____. *A instrumentalidade do processo.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha e as garantias constitucionais do direito de ação.* São Paulo: Max Limonad, 1985.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HESPANHA, Benedito. *Tratado de teoria do processo.* Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1986.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris , 1991.

KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale.* Milano: Giuffrè Editore, 1981.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile.* Milão: Morano, 1962.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal***.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantias do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo: RT, 1999.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita.* Rio de Janeiro: Forense. 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Lisboa: Coimbra Ed., 1981. v. 1, t. II.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

PASSOS, J.J. Calmon de. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição.* São Paulo: Saraiva, 1981.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamirech Chacon. Brasília: Ed. UnB, 1981.

RECÁSENS SICHES, Luís. *Estudios de filosofia del derecho*. Barcelona: Bosch, 1936.

ROCHA, José de Albuquerque Rocha. *Teoria geral do processo*. 5. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2001.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo.* São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. *Revista dos Tribunais*, n. 665, mar. 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo.* Regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

NOTAS

[1] Nesse sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adin 293-7/600, rel. Min. Celso Mello, 1994.

[2] Existe, na doutrina, vasta divergência conceitual em torno das expressões "direito constitucional processual" e "direito processual constitucional". Por um lado, significam as normas constitucionais que visam à garantia processual da própria constituição e, por outro, de garantias constitucionais em relação ao processo. José de Albuquerque Rocha observa que "a) os que usam a expressão 'direito constitucional processual' fazem-no por entenderem ser esta disciplina constituída de normas constitucionais que consagram princípios processuais. O direito constitucional processual é assim um conjunto de normas constitucionais fixadoras de princípios sobre o processo; b) por sua vez, os que optam pela expressão 'direito processual constitucional" fazem-no por entenderem o mesmo constituído de normas processuais embutidas na Constituição. O direito processual constitucional é assim composto substancialmente de normas de natureza processual, embora formalmente inseridas na Lei Fundamental" (2001, p.57). Entretanto, Ivo Dantas, ao comentar os ensinamentos de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (texto enviado por e-mail ao referido autor), escreve que "não se pode levar tão a sério a distinção entre um Direito Constitucional Processual e um Direito Processual Constitucional a ponto de se chegar a distinguir o que deva estar intimamente relacionado, Processo e Constituição. Ainda que se admita a existência de um Processo Constitucional, enquanto disciplina a congregar o estudo de instrumentos especiais e complementares de garantia, no Brasil, qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, que pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do Direito Penal, Civil, Comercial, Administrativo, Tributário etc..." (2003. v. 1, p. 119). Diante do exposto, as expressões "direito constitucional processual" e/ou "direito processual constitucional" querem significar, na presente pesquisa, a interligação existente entre a Constituição e o Processo; as normas processuais, além de serem editadas de acordo com o modelo de Constituição adotado numa determinada sociedade, devem ser interpretadas à luz da Constituição, respeitando-se as garantias constitucionais do cidadão no processo.

[3] Tradução: a) a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana; b) a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico de preceitos, deve instituir esse processo; c) pois a lei não pode instituir formas que fazem ilusória concepção do processo consagrada na Consituição; d) se a lei instituiu uma forma de processo que privou o indivíduo de uma razoável oportunidade para fazer valer seu direito, é inconstitucional; e) nessas condições, devem entrar no jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local instituiu para fazer efetivo o controle da constitucionalidade das leis. (Tradução nossa).

[4] Humberto Bergmann Ávila afirma que proporcionalidade e razoabilidade são *postulados normativos aplicativos* (p.82). *Postulados normativos* são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação dos princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões) com base em critérios. (p.120). Entretanto, além de haver a harmonização entre elementos, exige-se a proibição do excesso, que estabelece que a realização de um elemento não pode resultar na aniquilação de outro. Humberto cita dois tipos de postulados normativos: os *postulados inespecíficos (ou incondicionais)*, os quais se constituem em meras idéias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação; e os *postulados específicos (ou condicionais)*, os quais são relacionados a elementos com espécies determinadas, como exemplo, os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade (p.85). *"O postulado da razoabilidade* aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte

empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas". *"O postulado da proporcionalidade* aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito" (p.121).

[5] Na visão de Maria Rosynete Oliveira Lima, com arrimo em EMILIOU, Nicholas (*The principle of proporcionality in european law, London, Kluwer Law international*, 1996. p. 39), a proporcionalidade diz respeito a uma comparação entre duas variáveis: meio e fim, de acordo com padrões de adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu*, os quais proporcionam uma avaliação objetiva entre as ferramentas utilizadas e os fins perseguidos pelo ato. Enquanto a proporcionalidade trabalha com componentes objetivos, na razoabilidade as variáveis são subjetivas, englobam todas as circunstâncias do caso. A razoabilidade não tem como requisito uma relação entre dois ou mais elementos, mas representa um padrão de avaliação geral. (1999, p. 282).

[6] A evolução histórica apresentada a seguir tem por base, entre outras, a doutrina de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2000) e a doutrina de José Carlos Moreita Alves (1999).

[7] O autor ainda refere que o Código de Hamurabi continha o texto: "Em minha sabedoria eu os refiro para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça. Deixai ler a inscrição do meu monumento. Deixai-o atentar nas minhas ponderadas palavras. E possa o meu monumento iluminá-lo quanto à causa que traz e possa ele compreender o seu caso".

[8] Na concepção de Bezerra, os "direitos naturais", como o nome indica, são inerentes ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social, conferidos pela própria natureza do homem; os "direitos do homem" atendem ao caráter universal dos direitos naturais, válidos para todos os povos e em todos os tempos; "direitos do cidadão" são aqueles que os franceses elevaram ao nível constitucional, previstos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; os "direitos fundamentais" são os direitos do homem jurídico, institucionalmente garantidos e limitados no espaço e tempo. (2001, p.114)

[9] A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais conta, atualmente, com a ratificação de 43 países, sendo que a Rússia (05.05.1998), a Geórgia (20.05.1999), o Azerbaijan (15.04.2002) e a Armênia (26.04.2002) foram os últimos quatro países a apoiarem. Disponível em http://www.dirittiuomo.it/Convenzione/convenzione2.htm. Acesso em: 21 out. 2003: Toda pessoa tem direito que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente, dentro de um tempo razoável e de um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiência pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo no interesse da moral, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando assim exigem os interesses dos menores ou a proteção da vida privada das partes no processo, ou na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando em circunstâncias especiais a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. (Tradução nossa).

[10] V. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: RT, 1998.

[11] V. RIO GRANDE DO SUL. Extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Processo nº 190021428 de 19/04/90, Processo nº 190009365 de 19/04/90, Processo nº 1900033118 de 10/04/90.

[12] Para Bezerra, o acesso à justiça pode ser analisado em diversos aspectos, em várias perspectivas: "De fato, o estudo do acesso à justiça terá conotações diferenciadas, conforme seja feito por um leigo, um jurista dogmático, um sociólogo, um filósofo ou um político". (2001, p.124)